

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Un juge d'appel reconnaît que la publication de la clé de décryptage du DVD est protégée par la liberté d'expression

Dusollier, Séverine

Published in:
Droit & technologie

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2001, 'Un juge d'appel reconnaît que la publication de la clé de décryptage du DVD est protégée par la liberté d'expression' *Droit & technologie*. <<http://www.droit-technologie.org>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



[HTTP://WWW.DROIT-TECHNOLOGIE.ORG/](http://www.droit-technologie.org/)

PRESENTE:

Un juge d'appel reconnaît que la publication de la clé de décryptage du DVD est protégée par la liberté d'expression

14 Novembre 2001

Auteur: [Severine Dusollier](#) (Maître de conférence (FUNDP) - Research Associate (Berkeley))

Thème: Propriété littéraire et artistique (droits d'auteur)

URL: http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=482

Dans la série "décryptage du DVD", les épisodes se suivent et ne se ressemblent pas. Le premier novembre 2001, un juge californien a infirmé la décision dont appel qui interdisait à un site web de diffuser la clé de décryptage du DVD sur base d'une violation d'un secret d'affaires (trade secret). L'argument principal du défendeur, qu'a suivi le juge, était celui de l'atteinte à sa liberté d'expression que cette injonction constituait. De manière très intéressante, et confirmant ainsi la jurisprudence récente, le code source d'un logiciel a donc été qualifié de discours susceptible de bénéficier de la protection du Premier Amendement américain.

Rappel des faits

Mais revenons tout d'abord à un bref rappel de faits. Le marché du DVD s'est développé sur base d'une protection technique solide des contenus. Chaque disque vidéo digital est crypté et ne peut être décrypté que par une clé légitime, normalement insérée dans les appareils de lecture. Le dispositif de protection (dénommé CSS pour Content Scrambling System) rassemble donc l'industrie cinématographique, productrice des contenus, les concepteurs du mécanisme technique (notamment Matsuhita Electronic Industrial et Toshiba), et l'industrie informatique et électronique grand public, productrice des appareils de lecture (pour une bonne explication du système du DVD, lire Marks Dean S. & Turnbull Bruce H., "Technical protection measures : the intersection of technology, law and commercial practices", E.I.P.R., 2000, n°5, p. 198-213). Ce n'est que parce que les producteurs des lecteurs DVD ont consenti à insérer le dispositif de protection dans leurs équipements que le système sécurisé fonctionne et que le marché du DVD a pu voir le jour.

Près de 400 clés de décryptage permettent de décrypter un DVD et chaque lecteur en contient une, sous contrat de licence avec l'industrie cinématographique. Le nombre élevé de clés permet notamment de renforcer la sécurité et de cloisonner le marché, puisque la distribution des DVD se réalise sur base d'un cryptage différent selon les régions, ceci afin de protéger les sorties des films en salle, selon les majors d'Hollywood.

En novembre 1999, un jeune hacker norvégien parvient à casser le cryptage du DVD et à générer une des clés qu'il appelle DeCSS. Il parvient ainsi à lire les DVD qu'il a légitimement achetés sur son système Linux, seul système d'exploitation qui n'a pas accepté de conclure une licence avec Hollywood. La clé fait rapidement le tour du Web,

annoncée d'abord comme le moyen permettant de visionner les films sous Linux, ensuite et surtout, comme une riposte à la rapacité de l'industrie du film (je cite). Au moment de la diffusion du DeCSS, la clé ne permettait pas de copier un DVD.

Les diverses procédures en cours

Aux Etats-Unis, l'industrie du DVD réagit très vite et poursuit quelques sites web diffusant la clé de décryptage. Une première action est entamée en Californie sur base de la loi de l'Etat sur le trade secret; une deuxième action à New York aboutit à la condamnation de plusieurs sites web de hackers sur base du Digital Millenium Copyright Act qui vise spécifiquement le contournement de mesures techniques protégeant les droits des auteurs et l'accès aux œuvres.

La procédure sur la Côte Ouest

Mais c'est l'affaire de la Côte Ouest qui nous intéresse ici.

Une première décision (preliminary injunction) en 2000 avait enjoint les sites web poursuivis de cesser la diffusion de la clé, qui selon le tribunal constituait une violation de la loi sur le secret d'affaires qui interdit l'obtention d'informations constituant un secret d'affaires par des moyens illicites ("improper means") ainsi que leur divulgation. Malgré que la loi reconnaisse la décompilation d'un programme d'ordinateur comme un moyen légitime d'obtenir les informations secrètes, il suffit que le contrat de licence interdise cette décompilation pour que le moyen redevienne illégitime. Dans le cas du hacker norvégien responsable de l'obtention du secret dont la diffusion était poursuivie, le juge californien a estimé que tout portait à croire que le décryptage ne constituait pas une décompilation autorisée, ni par la loi, ni par le contrat.

Un des défendeurs a interjeté appel du jugement d'injonction, estimant que l'enjoindre à cesser la publication du DeCSS est une atteinte à sa liberté d'expression protégée par le Premier Amendement. La question avait déjà été soulevée en première instance mais le juge avait estimé que sa décision ne constituait pas une entrave à la liberté d'expression de défendeurs qui pouvaient toujours "*discuss and debate the subject as they have in the past, in both [sic] an educational, scientific, philosophical and political context*". Dans la balance des intérêts entre restriction de la liberté d'expression, qui était minimale dans le cas d'espèce, et préjudice économique des auteurs, le juge avait penché pour le dernier.

Le défendeur se pourvoit en appel.

La décision d'appel du 1er novembre dernier constitue un renversement de cette balance d'intérêts mais qui, au contraire des affirmations des opposants à la protection du DVD, est limitée et n'est certainement pas définitif.

Le juge procède en plusieurs étapes.

Le code source protégé par la liberté d'expression ?

En premier lieu il reconnaît la qualité de discours au DeCSS et donc à un code source d'un logiciel. Que le code source comprenne à la fois des éléments discursifs et expressifs et des éléments fonctionnels importe peu, car le code source permet de véhiculer des idées et des informations sur la cryptographie:

Much like a mathematical or scientific formula, one can describe the function

and design of encryption software by a prose explanation; however, for individuals fluent in a computer programming language, source code is the most efficient and precise means by which to communicate ideas about cryptography. The fact that a medium of expression has a functional capacity should not preclude constitutional protection. Computer source code, though unintelligible to many, is the preferred method of communication among computer programmers. Because computer source code is an expressive means for the exchange of information and ideas about computer programming, we hold that it is protected by the First Amendment.

Par contre, le juge admet que le code objet, simplement composé de 0 et de 1, ne peut constituer un tel discours.

La balance des intérêts entre liberté d'expression et protection des secrets d'affaire

Ensuite, le juge considère si la loi californienne sur le secret d'affaires restreint la liberté accordée par le Premier Amendement. D'autres décisions ont refusé de prendre en compte la restriction à la liberté d'expression mais le juge souligne qu'il s'agissait surtout de cas où le secret était utilisé par des concurrents ou d'anciens employés, ou était obtenu en violation d'un contrat de confidentialité. La simple publication du secret, comme c'est le cas en l'espèce, intéresse plus particulièrement le Premier Amendement.

L'association du DVD, demanderesse à l'action, faisait également référence à des cas de violation du droit d'auteur, dans lesquels une injonction de publication n'a pas été considérée comme une restriction de la liberté d'expression. Mais le juge relève sur ce point que la question se pose différemment en matière de droit d'auteur qui constitue également un droit protégé par la constitution. Il s'agit donc dans ce cas de faire un compromis délicat entre deux protections constitutionnelles. Le secret d'affaires ne pouvant revendiquer un tel statut, sa protection est plus directement susceptible d'enfreindre le Premier amendement.

Ce point est particulièrement intéressant car dans le pendant Côte Est de l'affaire du DeCSS, le recours au Premier Amendement a également été utilisé et le sera certainement en appel. Puisque dans ce cas, l'injonction se base sur une violation du Copyright Act qui possède un fondement constitutionnel, la qualification du DeCSS en discours protégé ne suffira pas. Cette décision de novembre 2000 ne constitue donc qu'une victoire partielle pour les supporters du DeCSS.

Le juge poursuit en précisant que le souci de préserver la liberté d'expression est intégrée dans le régime du copyright, et particulièrement dans le fair use et dans la durée limitée des droits. Le Trade Secret Act ne contient pas de telles garanties. Une pesée des intérêts en présence s'avère donc indispensable, ce qui permet au juge de conclure :

DVDCCA's [DVD association] statutory right to protect its economically valuable trade secret is not an interest that is "more fundamental" than the First Amendment right to freedom of speech or even on equal footing with the national security interests and other vital governmental interests that have previously been found insufficient to justify a prior restraint. Our respect for the Legislature and its enactment of the UTSA [Uniform Trade Secret Act] cannot displace our duty to safeguard the rights guaranteed by the First Amendment. Accordingly, we are compelled to reverse the preliminary injunction.

We express no opinion as to whether permanent injunctive relief may be obtained after a full trial on the complaint, as that issue is not before us. We further have no occasion to decide whether damages for Bunner's disclosure would be appropriate in these circumstances. DVDCCA may, of course, bring an action for damages or even injunctive relief against anyone who violates the Act by conduct rather than speech. In addition, a person who exposes the trade secret may be liable for damages if he or she was bound by a contractual obligation to safeguard the secret. And anyone who infringes a copyright held by DVDCCA or by any DVD content provider may be subject to an action under the Copyright Act. We hold only that a preliminary injunction cannot be used to restrict Bunner from disclosing DeCSS.

Conclusion

La décision est donc limitée doublement.

1. D'une part, elle ne s'applique qu'à la preliminary injunction (procédure similaire au référé et dont la décision n'est que provisoire) et ne préjuge donc pas de la décision finale quant à la publication du code DeCSS. C'est justement parce que l'injonction n'est que provisoire en l'attente d'une décision quant au fond qu'elle constitue une restriction induite à la liberté d'expression. Une condamnation à des dommages et intérêts ou une injonction permanente, une fois le fond de l'affaire tranché, pourrait être admise.
2. D'autre part, le juge prend bien soin d'indiquer que sa décision est sans préjudice des actions que le titulaire des droits sur les DVD pourrait intenter sur base du Copyright Act.

Même si les défendeurs dans l'affaire du DeCSS condamnés à New York sur base du Digital Millennium Copyright Act ne pourront s'empêcher de brandir la décision californienne à l'appui de leur défense basée elle aussi sur le Premier Amendement cette décision contient ses propres réserves quant à la ligne de partage entre liberté d'expression et protection du droit d'auteur et incidemment de ses protections techniques. Le juge dans l'affaire new-yorkaise (Universal City Studios, Inc. v Reimerdes, 2000 WL 48514 *2 (S.D.N.Y. 2000)) avait lui aussi procédé à une telle balance d'intérêts et avait conclu de la manière suivante:

The anti-trafficking provision of the DMCA furthers an important governmental interest—the protection of copyrighted works stored on digital media from the vastly expanded risk of piracy in this electronic age. The substantiality of that interest is evident both from the fact that the Constitution specifically empowers Congress to provide for copyright protection and from the significance to our economy of trade in copyrighted materials. Indeed, the Supreme Court has made clear that copyright protection itself is "the engine of free expression." That substantial interest, moreover, is unrelated to the suppression of particular views expressed in copyrighted works. Nor is the incidental restraint on protected expression—the prohibition of trafficking in means that would circumvent controls limiting access to unprotected materials or to copyrighted materials for noninfringing purposes—broader than is necessary to accomplish Congress' goals of preventing infringement and promoting the availability of content in digital form.

Cette balance d'intérêts ne devrait pas être bouleversée par la décision sur le secret

d'affaires qui ne fait que souligner une fois de plus notre perplexité quant au choix de l'association DVD en faveur du secret d'affaires comme base de leur action.

L'actualité peut être réutilisée à condition d'en mentionner la provenance:

Severine Dusollier, "Un juge d'appel reconnaît que la publication de la clé de décryptage du DVD est protégée par la liberté d'expression",

http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=482, 14 Novembre 2001

"Droit et Nouvelles Technologies" - Avenue Vanden Thoren 80 - 1160 Bruxelles - Belgique
Tél. c/o Thomas Parvais & Etienne Wéry : +32 (0)2 340 88 10 - Email: info@droit-technologie.org

